

## INTRODUÇÃO<sup>1</sup>

JÜRGEN HABERMAS

### RESUMO

Nesta introdução, o autor descreve sua abordagem da Filosofia do Direito em *Between Facts and Norms*<sup>2</sup>. Em especial, ele discute brevemente tópicos como forma e função do direito, relação entre direito e moralidade, relação entre direitos humanos e soberania e a noção de democracia<sup>3</sup>.

O que um autor de fato disse em e com um livro é questão de interpretação. Quase sempre um leitor inteligente saberá mais do que o próprio autor. O autor sabe apenas o que ele *pretendeu* dizer. Com *Between Facts and Norms* (1996) penso haver contribuído especificamente para seis tópicos:

- 1) a forma e a função do direito moderno;
- 2) a relação entre direito e moralidade;
- 3) a relação entre direitos humanos e soberania popular;

---

1 Tradução de Emílio Peluso Neder Meyer e Antonio Cota Marçal. Texto publicado originalmente em *Ratio Juris*, sob o título de *Introduction*, vol. 12, nº 4, dez. 1999, p. 329-335.

2 A obra “*Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*” (Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main) foi publicada pela primeira vez em 1992. Há uma tradução para a língua portuguesa: “*Direito e democracia: entre facticidade e validade*”, de Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997.

3 Resumo de Antonino Rotolo.

- 4) a função epistêmica da democracia;
- 5) o papel central da opinião pública comunicação pública na democracia de massa;
- 6) o debate acerca de paradigmas concorrentes do direito.

1) O primeiro tópico – a forma e a função do direito moderno – deriva de uma controvérsia sociológica acerca da função do direito moderno. A questão é se o direito moderno é apenas um instrumento para o exercício do poder administrativo ou político ou se o direito ainda funciona como um *medium* de integração social. A esse respeito, me posiciono com Emile Durkheim e Talcott Parsons contra Max Weber: normas jurídicas, atualmente, são o que restou do cimento social desfeito da sociedade; se todos os outros mecanismos de integração social estão exauridos, o direito ainda possibilita meios para manter unidas sociedades complexas e centrífugas que, de outro modo, se fragmentariam. O direito se mantém como um substituto para os insucessos de outros mecanismos de integração – mercados e administrações, ou valores, normas e comunicações face a face. Esta capacidade integrativa pode ser explicada pelo fato de que normas jurídicas são particularmente funcionais em virtude de uma interessante combinação de propriedades formais: o direito moderno é concebido em termos de direitos subjetivos; é elaborado ou positivado bem como é imposto ou coercitivo; e embora o direito moderno exija de seus destinatários não mais do que um comportamento conforme as normas, ele precisa, não obstante, cumprir a expectativa de legitimidade de maneira a deixar ao menos a oportunidade para as pessoas seguirem normas, caso o prefiram, por respeito ao direito. É fácil ver porque esta forma jurídica preenche as exigências de sociedades modernas:

- O direito moderno deve permitir igual distribuição de *direitos subjetivos* a todos. Tais liberdades funcionam como um cinto de proteção para a busca de cada pessoa por suas próprias preferências e orientações de valor e, com isso, se ajustam ao modelo de tomada de decisão descentralizada (que é especialmente exigido para sociedades de mercado).

- O direito moderno é *elaborado* por um legislador político e confere, com sua forma, autoridade vinculante a programas flexíveis e sua implementação. E, assim, conforma o modo particular de operar do moderno Estado administrativo.

- O direito moderno é *imposto* pela ameaça de sanções estatais e assegura, no sentido de uma obediência média, a “legalidade” do comportamento. Assim, ele se ajusta à situação de sociedades pluralistas nas quais normas jurídicas não estão mais assentadas em um *ethos* envolvente partilhado pela população como um todo.

- O direito moderno admite, contudo, a estabilidade de expectativas de comportamento apenas na condição de que as pessoas possam aceitar normas elaboradas e impostas ao mesmo tempo como normas *legítimas* que *merecem* reconhecimento intersubjetivo. O direito, desse modo, se ajusta à consciência moral pós-tradicional de cidadãos que não estão mais dispostos a seguir comandos, exceto por boas razões.

2) O segundo tópico – a relação entre direito e moralidade – surge da controvérsia entre o positivismo jurídico e as teorias do direito natural acerca da questão de como explicar a validade específica do direito. Ambas as posições enfrentam dificuldades bem conhecidas e complementares. Em poucas palavras: positivistas, de um lado, concebem as normas jurídicas como expressões coercitivas da vontade superior de autoridades políticas. Do mesmo modo que os realistas jurídicos, que tratam as normas jurídicas simplesmente como o resultado de decisões políticas, os positivistas não podem explicar como a legitimidade pode derivar da mera legalidade. Tanto positivistas como realistas (incluindo os proponentes do movimento do CLS<sup>4</sup>) se recusam a reconhecer qualquer pretensão de legitimidade mais forte do que a espécie de validade jurídica delimitada pela norma formalmente correta e eficientemente imposta. Defensores das teorias do direito natural, de outro lado, derivam a legitimidade do direito positivo imediatamente de uma lei moral superior. O direito positivo figura aqui como o nível mais baixo na hierarquia das normas, cujo topo é ocupado pelo direito natural, entendido em termos metafísicos ou religiosos. Mesmo que deixemos de lado problemas de fundamentação, tal assimilação do direito à moralidade obscurece diferenças importantes entre os dois. Enquanto normas morais nos dizem, primariamente, o que *temos o dever* de fazer e o que *devemos* uns aos outros, o direito moderno é, em primeiro lugar, estruturado para a distribuição de *liberdades* individuais – para a delimitação de esferas privadas nas quais todos são livres para fazer o que querem fazer. Pretensões morais<sup>5</sup>, por outro lado, derivam das *obrigações* de outras pessoas para conosco, enquanto no âmbito jurídico os direitos são anteriores a obrigações, uma vez que obrigações legais somente resultam de sujeições mútuas de liberdades igualmente admitidas.

Essas fraquezas complementares de ambas as posições nos levam à conclusão de que a legitimidade do direito não pode ser assimilada à validade moral, nem deveria o direito ser completamente separado da moralidade. O direito é mais bem compreendido como um *complemento* funcional de uma moralidade pós-tradicional fraca que é, para além da institucionalização, apenas enraizada na consciência da

4 N.T.: *Critical Legal Studies*, movimento norte-americano.

5 N.T.: o termo *moral rights* é aqui traduzido por “pretensões morais”, uma vez que não há correspondente direto na língua portuguesa e a opção “direitos morais” induziria a dificuldades maiores.

pessoa individual. Do ponto de vista de um observador, o direito moderno pode, dessa maneira, compensar as incertezas de uma consciência moral que normalmente funciona bem apenas no contexto de contatos face a face, enquanto o direito coercitivo possui um impacto muito além disto. Ao mesmo tempo, o direito positivo não perde todo o conteúdo moral, pelo menos na medida em que ele atenda à demanda por legitimação.

3) O terceiro tópico – a relação entre direitos humanos e soberania popular – advém de uma controvérsia de longa data acerca da fonte de legitimidade. Em virtude da positividade do direito, precisamos distinguir aqui o papel dos *autores* que produzem (e aplicam) o direito, daquele dos *destinatários* que estão sujeitos ao direito estabelecido. A autonomia da pessoa, que, no domínio moral, é unitária, aparece, por assim dizer, no domínio jurídico apenas na forma dual de autonomia privada e pública. Esses dois elementos – as liberdades do sujeito de direito privado e a autonomia política dos cidadãos – têm que ser mediados de maneira que uma forma de autonomia não seja impedida pela outra. Isto significa dizer que pessoas de direito podem ser autônomas apenas na medida em que possam entender a si mesmas, no exercício de seus direitos políticos, como autoras exatamente daquelas normas às quais supostamente obedecem como destinatárias. Entretanto, esta intuição nunca foi convincentemente bem explicada na teoria política.

A tradição republicana, que se reporta a Aristóteles e ao humanismo político da Renascença, tem sempre dado prioridade à autonomia pública dos cidadãos relativamente às liberdades pré-políticas das pessoas particulares. O liberalismo, de outro lado, tem sempre invocado o perigo de maiorias tirânicas e postulado a prioridade do Estado de direito (*rule of law*), enquanto garantido por liberdades negativas. Direitos humanos eram considerados barreiras legítimas para impedir a vontade soberana do povo de invadir esferas invioláveis da liberdade individual. Mas ambas as visões são parciais. O Estado de direito (*rule of law*), expresso na idéia de direitos humanos, não pode nem ser meramente imposto sobre a soberania do legislador como uma contenção externa, nem ser instrumentalizado como um requisito funcional do processo democrático. Enfocar o processo democrático do ponto de vista da teoria do discurso ajuda a articular devidamente esta intuição.

Nesse ponto, não posso resumir o complexo argumento para a interdependência entre direitos humanos e soberania popular. Permitam-me apenas fazer dois comentários. A primeira sugestão é conceber os direitos humanos como aquilo que é necessário para a institucionalização jurídica do processo democrático da auto-legislação. Isto é, contudo, *prima facie* plausível apenas para aqueles direitos civis – os direitos de comunicação e participação – que habilitam os cidadãos a exercer sua

autonomia política. A sugestão é menos plausível para os direitos humanos clássicos que garantem a autonomia privada dos cidadãos. Então, sugere-se, em seguida, analisar a própria gramática da linguagem jurídica que os cidadãos têm que falar quando desejam agir *como* cidadãos. Em outras palavras, o código do direito como tal deve estar disponível tão logo desejemos institucionalizar juridicamente um processo democrático. Sabemos a partir da análise da forma jurídica, no entanto, que não podemos estabelecer qualquer tipo de ordem jurídica sem criar garantias para sujeitos de direito que são portadores de direitos individuais – quaisquer que sejam tais direitos. *Per se*, porém, prover direitos subjetivos significa prover uma garantia para a autonomia privada. Este é, então, o núcleo do argumento: sem direitos fundamentais que assegurem a autonomia privada dos cidadãos, não haveria também *medium* algum para a institucionalização jurídica das condições sob as quais os cidadãos poderiam fazer uso de sua autonomia pública. Assim, autonomia privada e autonomia pública pressupõem-se reciprocamente de tal modo que nem direitos humanos e nem soberania popular podem pretender primazia um relativamente ao outro.

4) O quarto tópico – a função epistêmica da democracia – surge da questão acerca do por quê podemos esperar que a legitimidade do direito resulte simplesmente do processo democrático. A abordagem discursiva explica a força geradora da legitimidade do processo mediante um procedimento democrático que fundamenta uma presunção de aceitabilidade racional dos resultados. Normas devem sua legitimidade a um tipo de reconhecimento que é baseado em um acordo motivado racionalmente. Esta suposição é estabelecida nos termos do princípio do discurso: “São válidas aquelas normas com as quais todas as pessoas possivelmente afetadas pudessem concordar enquanto participantes de discursos racionais” (Habermas, 1996, p. 107). A tradição contratualista até Rousseau e Kant tem também se reportado à “razão” como um fundamento pós-metafísico para as ordens jurídica e política. Esta concepção mentalista da razão é agora transposta, contudo, em termos pragmáticos e explicitada em termos de práticas de dar razões, i.e., como condições para a deliberação. O discurso racional deve ser público e inclusivo, para assegurar direitos iguais de comunicação para os participantes, a fim de exigir sinceridade e para dissipar qualquer tipo de força diferente da força não coercitiva do melhor argumento. Espera-se que essa estrutura comunicativa crie um espaço deliberativo para a mobilização das melhores contribuições disponíveis para as questões mais relevantes.

A “deliberação” é entendida aqui genericamente e cobre um amplo feixe de razões. De acordo com razões empíricas, técnicas, de prudência, éticas, morais ou jurídicas distinguimos diferentes tipos de discurso racional e formas correspondentes de comunicação. A aceitabilidade racional das normas jurídicas não depende apenas, e nem mesmo primariamente, de considerações morais, mas também de outras espé-

cies de argumentação, inclusive de processos equânimes de negociação. Os compromissos formam, afinal de contas, o núcleo da política. Em qualquer caso, esta noção abrangente de “deliberação” deve pavimentar o caminho para a concepção de um processo de legitimação. A legitimação depende da institucionalização jurídica adequada daquelas formas de discurso racional e de negociações equânimes que fundamentam a presunção da aceitabilidade racional dos resultados. A política deliberativa está, assim, associada a uma complexa noção de legitimidade procedimental. Há três diferentes espécies de procedimentos interligados no processo democrático: primeiro, os procedimentos puramente cognitivos das (várias formas de) deliberação; segundo, procedimentos de decisão que ligam as decisões às deliberações precedentes (em geral, a regra da maioria); finalmente, procedimentos jurídicos que especificam e regulam de modo vinculante os aspectos materiais, sociais e temporais dos processos de formação de opinião e da vontade.

5) O quinto tópico – o papel central da comunicação pública – é uma implicação óbvia da perspectiva discursiva. Do ponto de vista normativo, as características estruturais da comunicação pública são mais importantes do que propriedades individuais, como a capacidade de escolha racional, boas intenções ou motivações adequadas. A comunicação pública deve ser inclusiva e seletiva ao mesmo tempo; tem que ser canalizada de tal maneira que questões relevantes venham à tona, contribuições interessantes e informações confiáveis ocorram e bons argumentos ou compromissos equânimes decidam o que se divulga. Esta perspectiva é suficientemente abstrata para preencher o vazio entre o ideal normativo de auto-legislação e os fatos difíceis de ser abordados de sociedades complexas.

Em virtude da perspectiva discursiva, podemos agora desconectar a idéia de soberania popular de seu tradicional portador, “o povo”, que é uma noção por demais concreta para estas circunstâncias. No nível normativo, outra concepção assume o lugar da “soberania do povo”: a liberdade comunicativa dos cidadãos, que flui em um uso público da razão. Os atores coletivos da sociedade civil que são suficientemente autônomos, e uma esfera pública suficientemente sensível e inclusiva, podem ser ambos instrumentos para a percepção de problemas relevantes para toda sociedade, transformando-os em questões públicas e, assim, gerando, por meio de variadas redes, a “influência” das opiniões públicas. Mas tal “influência” somente é transformada em “poder” por uma interação dos fluxos comunicacionais informais e difusos da esfera pública em geral com os processos formalmente organizados de formação da opinião e da vontade já corporificados no complexo parlamentar e judiciário. O “poder comunicativo” é produzido de acordo com procedimentos democráticos de órgãos deliberativos e eleitos e, então, de acordo com programas legislativos e decisões judiciais, transformado em “poder administrativo” das agências executivas, disponí-

veis para os fins de implementação. Esta é, sem dúvida, apenas a forma normativamente prescrita da qual o percurso efetivo do poder diverge amplamente. Mas é uma representação que nos permite pelo menos conectar a auto-compreensão normativa da democracia constitucional com suas práticas reais.

6) O último tópico – a introdução de um novo paradigma do direito, procedimentalista – advém da concorrência irreconciliável entre os dois paradigmas do direito aceitos, o paradigma liberal e o do Estado de bem-estar. O *paradigma liberal* depende de uma sociedade econômica institucionalizada mediante o direito privado, sobretudo por meio de direitos de propriedade e liberdade contratual e, assim, entregue ao operar espontâneo do mercado. Se, entretanto, a capacidade jurídica das pessoas privadas de possuir, adquirir ou alienar propriedade é considerada como garantia de justiça social, então todos devem dispor de iguais oportunidades para fazer uso efetivo de poderes jurídicos igualmente distribuídos. Uma vez que sociedades capitalistas em geral não atendem a essa exigência, os proponentes do *paradigma do Estado de bem-estar* defendem compensar crescentes desigualdades quanto ao poder econômico, à propriedade e às condições de renda e de vida. O direito privado deve ser substancialmente especificado e os direitos sociais devem ser introduzidos. De outro lado, os efeitos não intencionais do paternalismo do [Estado de] bem-estar indicam também limitações desta alternativa. Revela-se que o debate tradicional sobre mercados não regulamentados vs. regulamentações estatais é por demais estreitamente focado na autonomia privada, enquanto que a relação interna entre autonomia *privada* e *pública* sai de cena. Entre os dois paradigmas aceitos, a única questão controversa é se a autonomia privada é mais bem garantida simplesmente por liberdades negativas ou se as condições para a autonomia privada devem ser asseguradas por meio da provisão de programas políticos de bem-estar.

Uma saída desse impasse é indicada por um terceiro paradigma, o *procedimentalista*, que não se cristaliza nem em torno do competidor privado nos mercados, nem em torno do cliente privado das burocracias de bem-estar, mas tem seu foco no cidadão que participa da formação da opinião e da vontade política. Pois sujeitos de direito privado não podem dispor de iguais liberdades se eles próprios não exercitarem, antes e conjuntamente, sua autonomia cívica no sentido de especificar que interesses estão em jogo e que padrões de avaliação são justificados à luz de quais casos devam ser tratados de igual modo e quais diferentemente. Os cidadãos só podem chegar a regulamentações equânimes de seus status privados se fizerem uso adequado de seus direitos políticos no domínio público. Eles devem estar dispostos a participar da luta acerca da relevância, interpretação e avaliação públicas de suas próprias necessidades, antes que legisladores e juízes possam mesmo saber o que em cada caso significa tratar casos iguais da mesma maneira. Em sociedades altamente

diferenciadas com uma diversidade não clara de interesses, é uma exigência epistêmica para a igual distribuição de liberdades para todos que os cidadãos afetados e interessados se dêem primeiro a si mesmos a chance de levar seus casos a público, bem como articular e justificar aqueles aspectos que são relevantes para um igual tratamento em situações determinadas. Resumidamente, a autonomia privada de iguais titulares de cidadania pode somente ser assegurada na medida em que cidadãos exercitem ativamente sua autonomia cívica.

Johann-Wolfgang-Goethe University  
Faculdade de Filosofia  
Dantestrasse 4-6  
D-6000 Frankfurt am Main 11  
Alemanha

## REFERÊNCIAS

HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Trad. William Rehg. Cambridge: MIT Press, 1996 (1ª ed. alemã de 1992).